

Leonardo Estevam de Assis Zanini

DIREITO À IMAGEM

Curitiba
Juruá Editora
2018



Visite nossos sites na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: *editora@jurua.com.br*

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

ISBN: 978-85-362-7656-4



Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil
Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Zanini, Leonardo Estevam de Assis.

Z31 Direito à imagem./ Leonardo Estevam de Assis Zanini./
Curitiba: Juruá, 2018.
438p.

1. Direito à imagem. I. Título.

1116510

CDD 346.013 (22.ed.)
CDU 342.7
BISACLAW011000

000093

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	23
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À IMAGEM.....	27
2.1	DA IDADE MÉDIA ÀS DECLARAÇÕES DE DIREITOS.....	27
2.2	AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS	29
2.3	A INVENÇÃO DA FOTOGRAFIA COMO CONDIÇÃO PARA A PROTEÇÃO DA IMAGEM.....	30
2.3.1	As Descobertas Químicas e Físicas que Precederam o Surgimento da Fotografia.....	31
2.3.2	As Primeiras Fotografias.....	32
2.3.3	O Filme Fotográfico e a Popularização da Fotografia.....	33
2.4	A PROTEÇÃO DA IMAGEM E DA VIDA PRIVADA NA FRANÇA.....	34
2.4.1	A Proteção da Personalidade como Criação Pretoriana	35
2.4.2	A Fundamentação Doutrinária para a Proteção da Personalidade.....	38
2.4.3	A Insuficiente Proteção da Imagem pela Responsabilidade Civil.....	40
2.4.4	A Positivção da Tutela da Vida Privada: a Lei de 17.07.1970.....	42
2.4.5	A Polêmica em Torno da Positivção da Tutela da Vida Privada.....	43
2.4.6	O Direito à Vida Privada Seria um Direito Geral da Personalidade?.....	44
2.4.7	Os Dilemas Atuais da Doutrina e da Jurisprudência.....	45
2.5	A IDEIA DE “DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM” NA ALEMANHA	48
2.5.1	A Legislação Alemã do Século XIX.....	48
2.5.2	A Jurisprudência Alemã Anterior à Lei de 1907.....	49
2.5.3	O Debate Doutrinário Acerca do Direito à Própria Imagem	52
2.5.4	O Código Civil Alemão e os Direitos da Personalidade	54
2.5.5	A Inovadora Proteção da Imagem pela Legislação Alemã.....	56
2.5.6	A Lei Fundamental e a Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais.....	62
2.5.7	O Reconhecimento do Direito Geral da Personalidade	64
2.5.8	A Consolidação do Entendimento Firmado no Caso Leserbrief	65
2.5.9	A Defesa da Imagem e o Direito Geral da Personalidade	66
2.5.10	Aproveitamento Econômico do Direito à Imagem.....	67
2.5.11	A Pretensão à Compensação por Danos Imateriais.....	68
2.5.12	Os Danos Imateriais na Corte Constitucional	71
2.5.13	A Função Preventiva na Reparação dos Danos Imateriais.....	71
2.5.14	O Fortalecimento da Proteção da Imagem pelo TEDH.....	72

2.6	O <i>RIGHT OF PRIVACY</i> E A TUTELA DA IMAGEM NA <i>COMMON LAW</i> DOS ESTADOS UNIDOS	74
2.6.1	O Surgimento do <i>Right of Privacy</i> e a Contribuição de Warren e Brandeis	74
2.6.2	O Reconhecimento do <i>Right of Privacy</i> nos Tribunais dos Estados Unidos	76
2.6.3	As Dificuldades para o Desenvolvimento do <i>Privacy</i> até a Década de 1950	79
2.6.4	O <i>Right of Publicity</i>	80
2.6.5	A Díficil Distinção entre o <i>Privacy</i> e o <i>Publicity</i>	83
2.6.6	O <i>Privacy</i> na Construção Doutrinária de Prosser	84
2.6.7	O <i>Privacy</i> como Tutela da Dignidade e da Individualidade	85
2.6.8	A Formulação do <i>Privacy</i> Constitucional	87
2.6.9	A Consolidação do Entendimento do Caso <i>Griswold</i>	88
2.6.10	Ponderação entre o <i>Right of Privacy</i> e o <i>Right of Free Speech</i>	89
2.6.11	A Relação entre o <i>Right of Privacy</i> e os Direitos da Personalidade	90
2.7	A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO BRASILEIRO	92
2.7.1	A Tutela da Imagem na Legislação Infraconstitucional	92
2.7.2	A Proteção da Imagem nas Constituições Brasileiras	94
2.7.3	A Proteção da Imagem na Constituição Federal de 1988	95
2.7.4	Os Problemas Enfrentados pela Jurisprudência	96
3	NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM	99
3.1	DIREITO DE PROPRIEDADE	100
3.2	DIREITO AO PRÓPRIO CORPO	102
3.3	DIREITO DE AUTOR	103
3.4	DIREITO À LIBERDADE	104
3.5	DIREITO À HONRA	105
3.6	PRIVACIDADE E INTIMIDADE	107
3.7	DIREITO À IDENTIDADE	109
3.8	DIREITO DA PERSONALIDADE	111
3.9	A INFLUÊNCIA DO DUALISMO DOS ESTADOS UNIDOS NO SISTEMA CONTINENTAL	113
3.10	O DIREITO MISTO E A HESITAÇÃO QUANTO AO DUALISMO NO DIREITO FRANCÊS	114
3.10.1	A Concepção Dualista da Imagem	115
3.10.2	A Concepção Monista da Imagem	117
3.11	A IMAGEM COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE AUTÔNOMO	118
3.12	DIREITO À IMAGEM E DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE	120
3.13	O DIREITO À IMAGEM COMO DIREITO FUNDAMENTAL	121

3.14	DIREITO À IMAGEM COMO DIREITO SUBJETIVO.....	123
3.15	TOMADA DE POSIÇÃO.....	124
4	IMAGEM: NOÇÃO E DELIMITAÇÃO	127
4.1	A APARÊNCIA FÍSICA E A IMAGEM.....	127
4.2	A DIFERENÇA ENTRE IMAGEM FÍSICA E IMAGEM SOCIAL.....	129
4.3	A IMAGEM E O RETRATO.....	131
4.4	O CONCEITO DE IMAGEM.....	132
4.4.1	A Visibilidade e a Reconhecibilidade	132
4.4.2	Pontos Polêmicos em Torno da Reconhecibilidade e da Visibilidade....	135
4.4.3	A Máscara Cênica.....	138
4.4.4	A Reconhecibilidade e a Imagem de Pessoas Nuas	139
4.4.5	A Ampliação do Conceito de Imagem	140
5	DIREITO À IMAGEM: REGIME JURÍDICO.....	143
5.1	TERMINOLOGIA	143
5.2	O BEM JURÍDICO PROTEGIDO.....	145
5.3	O SUPORTE FÍSICO DA IMAGEM	147
5.4	PROPOSTAS DE CLASSIFICAÇÃO.....	148
5.5	O DIREITO À IMAGEM.....	149
6	A TITULARIDADE DO DIREITO À IMAGEM.....	151
6.1	A PESSOA NATURAL	151
6.2	A TUTELA DO NASCITURO	152
6.3	A IMAGEM DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS	153
6.3.1	A Proteção da Imagem de Bens pela Via dos Direitos da Personali- dade	153
6.3.2	A Proteção da Imagem de Bens como Decorrente do Direito de Pro- priedade.....	155
6.4	A IMAGEM DOS ANIMAIS	157
6.5	A PROTEÇÃO DA IMAGEM DE OUTRAS PESSOAS.....	159
6.6	A IMAGEM DAS PESSOAS JURÍDICAS	160
6.7	A IMAGEM DA PESSOA FALECIDA	162
6.7.1	A Imagem da Pessoa Falecida no Direito Estrangeiro	163
6.7.2	Tomada de Posição	166
7	DIREITO À IMAGEM E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	169
7.1	ASPECTOS INTEGRANTES DO DIREITO À IMAGEM.....	169
7.2	A CAPTAÇÃO DA IMAGEM	169
7.3	A PROTEÇÃO CONTRA A CAPTAÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO BRASILEIRO.....	172

7.4	A FIXAÇÃO	173
7.5	A PUBLICAÇÃO, A EXPOSIÇÃO E A UTILIZAÇÃO.....	175
7.6	A DIFUSÃO.....	177
7.7	O ART. 20 DO CÓDIGO CIVIL.....	177
8	RELAÇÕES E CONFLITOS ENTRE O DIREITO À IMAGEM E OUTROS DIREITOS.....	181
8.1	DIREITO À IMAGEM E DIREITO À PRIVACIDADE.....	181
8.2	DIREITO À IMAGEM E DIREITO À HONRA.....	184
8.3	DIREITO À IMAGEM E DIREITO À VOZ.....	185
8.4	DIREITO À IMAGEM E DIREITO AO NOME	187
8.5	DIREITO À IMAGEM E DIREITOS INTELECTUAIS	187
8.6	DIREITO À IMAGEM E DIREITO À MARCA	188
8.6.1	A Imagem como Marca.....	188
8.6.2	O Registro da Marca Vinculada à Imagem	189
8.6.3	Duração da Proteção da Marca.....	190
8.6.4	A Alienabilidade da Marca Representativa de uma Imagem.....	191
8.7	DIREITO À IMAGEM E DIREITO DE AUTOR.....	192
8.8	DIREITO À IMAGEM E DIREITO DE ARENA.....	193
9	A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E O DIREITO À IMAGEM	197
9.1	O SURGIMENTO DA TEORIA DAS ESFERAS	197
9.2	OUTRAS CONCEPÇÕES DESENVOLVIDAS A PARTIR DA IDEIA DE HUBMANN	198
9.3	OS FUNDAMENTOS DA TEORIA DAS ESFERAS	199
9.3.1	Esfera Pública	200
9.3.2	Esfera Privada	201
9.3.3	Esfera Secreta.....	202
9.4	A UTILIZAÇÃO DA TEORIA DAS ESFERAS NOS TRIBUNAIS DA ALEMANHA	204
9.5	O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL E A TEORIA DAS ESFERAS	206
9.6	A RECEPÇÃO DA TEORIA DAS ESFERAS NA SUÍÇA.....	209
9.7	AS ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA NO DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS	212
9.8	A VIDA PRIVADA E A INTIMIDADE NO DIREITO FRANCÊS	212
9.9	A NOÇÃO EUROPEIA DE PROTEÇÃO À VIDA PRIVADA	215
9.10	A TEORIA DAS ESFERAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	217
9.11	A APLICAÇÃO DAS ESFERAS DE PROTEÇÃO NO DIREITO PENAL	219
9.12	PONTOS POSITIVOS DA TEORIA DAS ESFERAS	220

9.13	CRÍTICAS À TEORIA DAS ESFERAS	221
10	O DIREITO À IMAGEM E O CONSENTIMENTO.....	225
10.1	O CONSENTIMENTO E A CONTRATAÇÃO RELATIVA À IMAGEM.....	226
10.2	A REGRA DO CONSENTIMENTO EXPRESSO	228
10.3	INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CONSENTIMENTO.....	231
10.4	LIMITES DO CONSENTIMENTO QUANTO À DURAÇÃO.....	235
10.5	CONSENTIMENTO TÁCITO E A TEORIA DA COLOCAÇÃO EM PÚBLICO.....	236
10.6	REPRESENTAÇÃO LEGAL E CONSENTIMENTO	238
10.7	DIREITO DE ARREPENDIMENTO	240
10.8	INEXECUÇÃO DO CONTRATO.....	243
11	A EXPLORAÇÃO COMERCIAL DA IMAGEM	245
11.1	A ATIPICIDADE DOS CONTRATOS ENVOLVENDO O DIREITO À IMAGEM	246
11.2	CONTRATO DE LICENÇA.....	247
11.2.1	Noções Gerais.....	247
11.2.2	Cessão do Direito ou Concessão do Exercício do Direito à Imagem? ...	248
11.2.3	A Relatividade do Contrato de Licença	249
11.2.4	Características.....	250
11.2.5	Duração.....	252
11.2.6	As Obrigações das Partes.....	252
11.2.7	A Exploração por um Intermediário	253
11.2.8	O Término do Contrato.....	253
11.2.9	A Licença de Marca.....	254
11.3	CONTRATO DE <i>MERCHANDISING</i>	255
11.4	CONTRATO DE PATROCÍNIO (<i>SPONSORING</i>)	258
11.5	A DISTINÇÃO ENTRE OS CONTRATOS DE <i>SPONSORING</i> , MECENATO E <i>MERCHANDISING</i>	261
11.6	CONTRATO DE FRANQUIA (<i>FRANCHISING</i>)	262
11.7	CONTRATO DE FOTOGRAFIA.....	264
11.8	CONTRATAÇÃO DE REDES SOCIAIS DA <i>INTERNET</i>	264
11.9	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À IMAGEM: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	265
11.10	A EXPLORAÇÃO COMERCIAL DIANTE DA DURAÇÃO DA PROTEÇÃO DA IMAGEM.....	267
12	DIREITO À IMAGEM E PONDERAÇÃO DE INTERESSES	271
12.1	O DIREITO À IMAGEM E A MÍDIA	272

12.1.1	Imprensa e Mídia	272
12.1.2	A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem.....	273
12.1.3	Jornalismo Sensacionalista e Investigativo	274
12.1.4	Mídia e Justiça	276
12.2	A IMAGEM DE PESSOAS NOTÓRIAS E QUE EXERCEM ATIVIDADES PÚBLICAS.....	277
12.2.1	O Caso Caroline de Mônaco II no Âmbito da Jurisdição Alemã.....	278
12.2.2	A Solução dada pelo TEDH ao Caso Caroline de Mônaco II.....	281
12.2.3	Aplicação do Entendimento do TEDH no Brasil	284
12.3	A IMAGEM EM LOCAIS PÚBLICOS	285
12.3.1	Personagens Acessórios	286
12.3.2	Acontecimentos e Eventos Públicos.....	287
12.4	A VIDEOVIGILÂNCIA	289
12.4.1	A Videovigilância Privada	290
12.4.2	O Monitoramento para Definição de Hábitos do Consumidor	293
12.4.3	A Videovigilância em Locais de Trabalho	294
12.4.4	Câmera Escondida e Programas Humorísticos.....	295
12.5	FINALIDADE CIENTÍFICA, ARTÍSTICA, DIDÁTICA, HISTÓRICA OU CULTURAL	295
12.6	A CARICATURA COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM.....	296
12.6.1	A Caricatura, a Liberdade de Expressão e a Liberdade de Imprensa.....	296
12.6.2	A Caricatura como Imagem	297
12.6.3	A Caricatura Lícita.....	299
12.6.4	A Caricatura Ilícita.....	301
12.7	A MANIPULAÇÃO DA IMAGEM E A FOTOMONTAGEM.....	304
12.8	SÓSIAS, GÊMEOS E IMITAÇÕES	308
12.9	NECESSIDADES DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA OU DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA	310
12.9.1	Fundamentos	310
12.9.2	Pessoa Desaparecida	311
12.9.3	Medidas para Identificação ou Localização de uma Pessoa	311
12.9.4	O Uso de Algemas e a Violação da Imagem	313
12.9.5	A Proteção da Imagem Durante a Persecução Penal	315
12.9.6	A Presunção de Inocência e a Atividade da Imprensa.....	317
12.9.7	A Publicidade dos Atos Processuais e o Direito à Imagem	320
12.9.8	A Produção da Prova Através da Gravação de Imagens	322
12.9.9	Resumo dos Critérios de Ponderação.....	323
13	O DIREITO À IMAGEM NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	325
13.1	<i>INTERNET</i> E DIREITO	325
13.2	A IMAGEM EM AMBIENTE VIRTUAL.....	327

13.3	A PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA DE IMAGENS EM REDES DE COMPUTADORES	328
13.4	CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS PROVEDORES	329
13.5	A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES ANTES DA LEI 12.965/2014	331
13.6	A LEI 12.965/2014 E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES ..	333
13.6.1	Responsabilidade do Provedor de <i>Backbone</i>	333
13.6.2	Responsabilidade do Provedor de Acesso	334
13.6.3	Responsabilidade do Provedor de Hospedagem	336
13.6.4	Responsabilidade do Provedor de Conteúdo	340
13.6.5	Responsabilidade do Provedor de Correio Eletrônico	343
13.6.6	Exceções ao Regime Geral de Responsabilização dos Provedores	345
13.7	O JUÍZO COMPETENTE PARA A APURAÇÃO DAS LESÕES PRATICADAS POR MEIO DA <i>INTERNET</i>	348
13.8	O DIREITO AO ESQUECIMENTO	349
13.8.1	O Tribunal de Justiça da União Europeia e o Direito ao Esquecimento ..	351
13.8.2	O Direito ao Esquecimento no Brasil	354
14	A TUTELA PENAL DA IMAGEM	357
14.1	OS LIMITES DO PODER PUNITIVO DO ESTADO	358
14.1.1	A Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos e a Nocividade Social da Conduta	358
14.1.2	A Fragmentariedade e a Subsidiariedade do Direito Penal	359
14.2	A PERSONALIDADE HUMANA COMO BEM JURÍDICO PASSÍVEL DE TUTELA PENAL	361
14.3	ELEMENTOS BALIZADORES DA TUTELA PENAL DA IMAGEM	361
14.4	CONDUTAS QUE JUSTIFICAM A PROTEÇÃO PENAL DA IMAGEM	363
14.5	O MODELO SUÍÇO DE TUTELA PENAL DA IMAGEM	365
14.5.1	O Surgimento do Art. 179 ^{quater} do Código Penal Suíço	365
14.5.2	Campo de Aplicação do Art. 179 ^{quater} do Código Penal Suíço	366
14.5.3	O Art. 179 ^{quater} e as Esferas do Segredo e da Vida Privada	367
14.6	A TUTELA PENAL DA IMAGEM NA FRANÇA	369
14.6.1	A Lei de 1970 e a Consagração da Proteção Penal da Imagem	369
14.6.2	A Manutenção da Tutela Penal da Imagem na Nova Codificação Penal ..	370
14.7	A TUTELA PENAL AUTÔNOMA DA IMAGEM EM PORTUGAL	371
14.8	O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DA IMAGEM NA ALEMANHA	374
14.8.1	O § 33 da Lei de 1907	374
14.8.2	Críticas ao § 33 da Lei de 1907	375
14.8.3	As Tentativas de Ampliação da Proteção Penal da Imagem	376

14.8.4	O Surgimento do § 201a do Código Penal	378
14.8.5	As Condutas Típicas Previstas pelo § 201a do Código Penal	379
14.8.6	A Tentativa de Equiparação entre a Tutela Penal da Imagem e da Palavra	380
14.8.7	Tutela Penal Autônoma do Direito à Imagem	381
14.8.8	O Bem Jurídico Protegido	382
14.8.9	A Esfera Estritamente Pessoal da Vida	383
14.8.10	Locais Protegidos	385
14.8.11	Direito Projetado	385
14.9	TOMADA DE POSIÇÃO	386
14.10	A TUTELA PENAL DA IMAGEM NO BRASIL	387
14.10.1	A Tutela Penal da Imagem da Criança e do Adolescente	388
14.10.2	Invasão de Dispositivo Informático (Lei Carolina Dieckmann)	389
14.10.3	Projetos de Lei sobre Divulgação Indevida de Material Íntimo	391
14.10.4	O Projeto de Código Penal	393
15	CONSIDERAÇÕES FINAIS	395
	REFERÊNCIAS	405
	ÍNDICE REMISSIVO	419